

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO

Lima, cuatro de noviembre
del dos mil diez.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

Primero: Que, viene en consulta la resolución de fecha veinte de mayo del dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao de fojas ciento ochenta y cuatro, que confirma la sentencia apelada contenida en la resolución número diecinueve expedida con fecha treinta de septiembre del dos mil nueve, que declara Fundada la demanda e inaplicable a los demandantes la Ordenanza Municipal N° 00044 de fecha veintisiete de septiembre del dos mil siete; en los seguidos por Ana Rosario Torero Avalos y Otro con la Municipalidad Provincial del Callao, sobre proceso de amparo.

Segundo: La Constitución en su artículo 138, segundo párrafo, reconoce su supremacía sobre cualquier otra norma, permitiendo a los jueces la aplicación del control difuso judicial de la Carta Magna, por medio del que se convierte a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad sólo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad de una norma inferior con la Constitución.

Tercero: Que, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; y las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, norma que debe concordarse con el artículo 408

**CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO**

inciso 3 del Código Procesal Civil, conforme a la Primera Disposición Final de dicho código.

Cuarto: Antes de absolver la consulta planteada, conviene hacer un breve recuento de lo sucedido en autos. En ese sentido, se observa de autos que la presente consulta proviene de una demanda de amparo interpuesta por Ana Rosario Torero Ávalos, en donde solicita se inaplique la Ordenanza Municipal N° 00044, expedida por la Municipalidad Provincial del Callao, alegando que dicha disposición contraviene su derecho fundamental al trabajo por cuanto prohíbe el expendio de productos hidrobiológicos y productos perecibles en establecimientos y/o vía pública en la zona en donde se ubica su establecimiento formal de giro Minimarket – Abarrotes y Frutas, la misma que cuenta con licencia municipal y cumple con todas las disposiciones emanadas de la autoridad municipal. Por su parte, la Municipalidad demandada contestó la demanda indicando que la citada ordenanza, no conculca la libertad de trabajo por cuanto sólo regula los giros que no pueden desarrollarse en la zona indicada de conformidad con el entorno del vecindario, emitiéndose a fin de proteger la salud, seguridad pública y el bienestar en general, siendo además que la citada ordenanza en ningún momento ordena la revocatoria de licencias otorgadas. Asimismo, sostiene que, conforme a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional se debe analizar si la prohibición establecida en la ordenanza impugnada y que es materia del presente proceso puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente y para eso emplea el principio de proporcionalidad, concluyendo que la afectación a la libertad de trabajo es leve, más aún cuando en la misma ordenanza se señala que los comerciantes que se vean perjudicados con la restricción será reubicados.

**CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO**

Quinto: Que, la resolución de primera instancia, estima la demanda señalando que si bien la propia Municipalidad sostiene que la licencia de la accionada no se encuentra afectada de revocación, el efecto, es que por excepción, mantenga plena vigencia, a pesar de la prohibición señalada por la ordenanza; sin embargo, la sola vigencia de la ordenanza entraña la amenaza de su ejecución, lo cual podría ocasionar perjuicio al derecho de la accionante. Además, si bien las Municipalidades cuentan con autonomía, no es menos cierto que las medidas que adopte deben armonizar en conjunto con el resto del ordenamiento jurídico; siendo que en el presente caso, la demandante viene laborando formalmente en su actividad comercial, contando con licencia para ello, la cual ha sido obtenida por mecanismos regulares del propio Municipio, el mismo que no ha imputado de manera directa a la demandante la irregularidad alguna en la actividad que realiza, por lo que no habiéndose presentado pruebas para inferir lo contrario, debe presumirse que la accionante cumple con las reglas de higiene, seguridad, salubridad y demás. La Sala de segunda instancia, confirma la apelada con similares argumentos agregando que de la lectura de dicha ordenanza se tiene que la prohibición es inclusive para aquellos que tiene licencia municipal de funcionamiento, es decir, se encuentra una aplicación de la ley en forma retroactiva, lo que vulnera el principio contenido en el artículo 103 concordante con el numeral 109 de la Constitución. En ese sentido, de aplicarse la Ordenanza Municipal, se estaría atentando la libertad de trabajo, no observándose, además, una indebida motivación de la resolución recurrida.

Sexto: La libertad de trabajo constituye un derecho fundamental, el cual se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Estado, el mismo que, a decir del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico número siete de la

**CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO**

sentencia N° 08726-2005-AA/TC "(...) *detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de protección. En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, como esfera de actuación libre. En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la protección activa del bien fundamental protegido –libre trabajo- a través del establecimiento de normas, procedimientos e instituciones orientadas a hacer posible el ejercicio de tal derecho fundamental*". Ello quiere decir, que el derecho a la libertad de trabajo se opone tanto a particulares como a la acción estatal, el cual debe, en la medida de lo posible, regular su actuación de tal forma que la intervención mínima sobre ese derecho sólo se justifique en la medida que se brinde mayor protección a otro bien de relevancia constitucional.

Séptimo: En el presente caso, La Ordenanza Municipal N° 000044 de fecha veintisiete de setiembre del dos mil siete en su artículo primero establece lo siguiente: "*Prohíbese el expendio de productos hidrobiológicos y productos perecibles en establecimientos y/o vía pública (comercio ambulatorio) en la zona comprendida en el Jirón Cochrane cuadras 1 y 2, Jirón Saloom, cuadras 1 y 2 y Jirón Colón cuadras 5, 6 y 7- Callao, a excepción de los puestos ubicados en el interior del Mercado Central del Callao y el local ubicado en Jirón Colón 557, Callao en el que la Municipalidad Provincial del Callao reubicará a los comerciantes que realizaban las actividades materia de la prohibición de la presente Ordenanza*". Por su parte el artículo 2 de la citada Ordenanza estableció que: "*Prohíbese todo tipo de comercio ambulatorio en las zonas comprendidas en el Jr. Cochrane cuadras 1 y 2, Jirón Saloom cuadras 1 y 2, y Jirón Colón cuadras 5, 6*

**CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO**

y 7 - Callao, declarándose zona rígida para el comercio ambulatorio en general toda extensión de las cuadras indicadas”.

Octavo: Conforme se observa de la disposición materia de análisis, corresponde examinar si la prohibición referida en la Ordenanza cuestionada, puede considerarse como una intervención válida al derecho a la libertad de trabajo, en atención a otros bienes constitucionales. Así se aprecia de la parte considerativa de la citada Ordenanza que aquella tiene como fines el garantizar a la colectividad condiciones de seguridad, salud y tranquilidad pública dentro de la jurisdicción territorial de la Municipalidad demandada, en una zona que, aduce, no se encuentran condicionados para dicha actividad, no cumpliendo los locales allí ubicados con las condiciones de higiene y seguridad.

Noveno: No obstante ello, se aprecia que en el caso concreto dicha justificación no resulta válida, por cuanto se aprecia del expediente que los demandantes cuentan con una licencia de funcionamiento, conforme se puede apreciar a fojas dos, así como carné de sanidad expedida por esa misma entidad, conforme se aprecia a fojas seis, la cual tiene como fecha de vencimiento el seis de junio del dos mil ocho, es decir, que el referido carné caduca con fecha posterior a la expedición de la mencionada Ordenanza. Asimismo, tal y como lo señala el A quo, el propio Municipio, no ha imputado de manera directa a la demandante irregularidad alguna en la actividad que realiza, no presentándose pruebas que infieran lo contrario.

Décimo: En tal sentido, la prohibición establecida en la Ordenanza Municipal N° 000044, expedida por la Municipalidad Provincial del Callao, ha sido expedida contraviniendo de manera gravosa el derecho a la libertad de trabajo que, para el caso concreto, se circunscribe en que los demandantes se encontraban realizando su actividad comercial respetando las normas de higiene y salubridad

CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO

dictadas por esa misma entidad, lo que no ha sido desvirtuado por la entidad demandada, lo que lleva aprobar la mencionada sentencia elevada en consulta.

Décimo Primero: Por otra parte, si bien es cierto que, en otro caso similar esta Corte Suprema desaprobó la sentencia elevada en consulta, como es en el caso de la Consulta N° 624-2009, la cual versaba sobre la misma Ordenanza Municipal ello se hizo en base al análisis de ese caso en concreto, el cual se trataba de una persona cuyo comercio formal se ubicaba en Jirón Colón 618, dedicándose a una actividad ajena a la regulada en dicha Ordenanza, no resultándole aplicable la misma. lo que no sucede en el presente caso, toda vez que éste sí se trata de un establecimiento donde se expende productos perecibles, lo que hace una distinción entre ambos casos, que lleva una conclusión distinta.

Décimo Segundo: Que, igual sentido puede expresarse en torno a la jurisprudencia esbozada por el Tribunal Constitucional en dos casos distintos y que han sido materia de los argumentos de defensa de la Municipalidad Provincial del Callao. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 8726-2005-AA/TC, por cuanto aquella es una demanda propuesta por la Asociación Unidos Centenario y Otros de Huaral contra la Ordenanza Municipal N° 006-2004, expedida por la Municipalidad Provincial de Huaral en donde se buscaba regular el comercio ambulatorio, tal y como se desprende de su segundo fundamento jurídico, que no es el caso de autos; así también corresponde hacer una distinción respecto a la sentencia N° 0007-2006-AI/TC, el cual fue una demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón Figari, contra las Ordenanzas números 212-2005 y 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, las cuales restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona

**CONSULTA N° 3467-2010
CALLAO**

denominada Calle de las Pizzas; sentencia cuya *ratio decidendi* se centra tanto en el horario de atención como en la contaminación acústica, elementos fácticos que en nada se condicen con lo que es materia de la presente sentencia, la cual contiene elementos sustanciales que llevan a distinta conclusión a las arribadas en los casos antes citados, dado que aquí sí se aprecia una afectación injustificada al derecho a la libertad de trabajo, por parte de la Ordenanza Municipal cuestionada que han llevado a las instancias de mérito a estimar la demanda de amparo propuesta.

Por éstas consideraciones: **APROBARON** la resolución consultada de fecha veinte de mayo del dos mil diez obrante a fojas ciento ochenta y cuatro; que confirma la sentencia apelada de fecha treinta de setiembre del dos mil nueve obrante a fojas ciento cuarenta y cinco, que declara Fundada la demanda de amparo interpuesta por doña Ana Rosario Torero Ávalos y otro contra la Municipalidad Provincial del Callao; y los devolvieron.- Vocal Ponente: Távara Córdoba.

S.S.

VÁSQUEZ CORTEZ

TÁVARA CÓRDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

ARAUJO SÁNCHEZ

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaria
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

22 JUN 2011